

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le défaut de convocation de l'AG lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net et la faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société, note sous Anvers (5ème ch.) 20 décembre 2001

Delvaux, Marie-Amélie

Published in:
J.D.S.C.

Publication date:
2004

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Delvaux, M-A 2004, 'Le défaut de convocation de l'AG lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net et la faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société, note sous Anvers (5ème ch.) 20 décembre 2001', *J.D.S.C.*, p. 283-286.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

DELVAUX, M., Le défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net et la faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société: convergences et divergences de ces deux fondements de responsabilité des dirigeants

J.D.S.C. 2004, 283-286.

Texte intégral

Le défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net et la faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société: convergences et divergences de ces deux fondements de responsabilité des dirigeants

Marie-Amélie **Delvaux** Avocate au barreau de Namur
Assistante aux Facultés universitaires de Namur

Il est intéressant de comparer les actions en responsabilité qui peuvent être introduites contre les dirigeants pour défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net et pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société. Dans le présent arrêt, la cour opère cette comparaison en matière de SA en ce qui concerne tant les conditions de l'action que le dommage réparable. On peut non seulement étendre la comparaison aux autres formes de sociétés à responsabilité limitée, mais surtout y ajouter d'autres points de comparaison.

A.

Quant au fondement légal de la responsabilité

L'action en comblement de passif trouve son fondement aux articles 265 (SPRL), 409 (SCRL) et 530 (SA) du Code des sociétés. L'action en responsabilité pour défaut de convocation d'une assemblée générale en cas de perte grave de l'actif net trouve son fondement aux articles 332 (SPRL), 431 (SCRL) et 633 (SA) du Code des sociétés.

B.

Quant aux conditions nécessaires au fondement de la responsabilité

L'action en comblement de passif permet au juge, en cas de faillite de la société, de condamner l'administrateur qui a commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite à participer «*de sa poche*» à l'insuffisance d'actif.

Le demandeur à l'action doit établir positivement que la faute

—est grave et caractérisée,

—et a contribué à la faillite de la société.

Il appartient au demandeur de prouver le lien causal entre la faute et la faillite, aucune présomption n'étant instituée. Cette faute ne doit pas être l'origine exclusive de la faillite, mais il suffit qu'elle y ait *contribué*, peu importe que d'autres facteurs en soient également la cause⁽¹⁾

.

Ce fondement légal nécessite que le juge exerce un important pouvoir d'appréciation au niveau de l'établissement puis de la qualification de la faute grave: toute faute commise par un administrateur ne constitue pas forcément une faute grave et caractérisée susceptible d'entraîner sa responsabilité. Ainsi, comme en l'espèce, le fait d'avoir omis de réunir une assemblée générale en cas de perte grave de l'actif net ne s'identifie pas forcément à une faute grave et caractérisée.

Il existe une restriction au droit d'agir en comblement de passif contre les dirigeants puisque cette source de responsabilité ne s'applique pas, selon les textes, si la société en faillite est une «*petite*» SPRL ou SCRL, à savoir une société qui a réalisé, au cours des trois derniers exercices qui précèdent la faillite, un chiffre d'affaires moyen inférieur à vingt-cinq millions hors T.V.A., et si le total du bilan, au terme du dernier exercice, n'a pas dépassé quinze millions de francs⁽²⁾

. C'est aux administrateurs ou gérants qu'il appartient d'établir que la société qu'ils gèrent entre dans les conditions fixées par les alinéas seconds des articles 265 et 409 du Code pour échapper à la lourde responsabilité instaurée par les alinéas premiers desdits articles, et non à la curatelle d'établir le contraire⁽³⁾

. Les articles 332 (SPRL), 431 (SCRL) et 633 (SA) du Code des sociétés imposent à l'administrateur de réunir une assemblée générale dans les deux mois du constat de la perte de la moitié du capital social, et instaurent une présomption: le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette absence de convocation. Ceci facilite largement la tâche du demandeur à l'action, puisque la charge de la preuve est renversée et que c'est à l'administrateur de prouver l'absence de lien causal entre sa faute et le dommage dont il est réclamé réparation. Ce fondement de responsabilité est donc bien plus avantageux pour le tiers lésé que l'action en comblement de passif puisque tant la faute (violation de la loi dans des conditions qui reposent sur des critères comptables) que le lien de causalité (présumé) sont aisément établis.

En outre, l'action est ouverte même contre les dirigeants de «*petites*» SPRL et SCRL, contrairement à l'action en comblement de passif.

C.

Quant aux circonstances et aux personnes susceptibles d'engager la responsabilité des dirigeants

L'action en comblement de passif ne peut être introduite que si la société a été déclarée en faillite. Elle est ouverte au curateur et, depuis peu, au créancier individuel⁽⁴⁾

. La mise en cause de la responsabilité des dirigeants sur la base des articles 332 (SPRL), 431 (SCRL) et 633 (SA) du Code des sociétés peut intervenir en tout temps, et pas uniquement dans l'hypothèse de la faillite de la société. Même s'il s'agit du *quod plerumque fit*⁽⁵⁾, il ne faut pas négliger les cas dans lesquels la responsabilité des dirigeants peut être invoquée durant la vie active de la société.

D'une part, une action sociale peut être envisagée lorsque prend fin la «connivence» entre les dirigeants et le groupe d'actionnaires majoritaire, à savoir lorsqu'un renversement de majorité s'opère au sein de l'assemblée générale (suite à une O.P.A., une cession amiable de contrôle, ...)⁽⁶⁾

. D'autre part, la meilleure information des actionnaires et associés peut inciter ceux-ci à réagir plus souvent que ce n'était le cas dans le passé. On rappelle également que les actionnaires minoritaires peuvent introduire une action minoritaire. Enfin, les tiers (fournisseurs, travailleurs, sous-traitants, ...) peuvent aussi chercher à engager la responsabilité des dirigeants en cours de vie sociétaire. Les articles 332 (SPRL), 431 (SCRL) et 633 (SA) du Code des sociétés permettent à toute personne intéressée, que ce soit un tiers ou la société elle-même, de reprocher au dirigeant le défaut de convocation de l'assemblée générale. Seuls les tiers peuvent cependant bénéficier de la présomption de lien causal instituée. Si c'est la société qui agit contre ses dirigeants, et comme pour toute responsabilité fondée sur une violation du Code⁽⁷⁾, elle devra prouver positivement le lien causal entre cette violation et son dommage.

D.

Quant aux personnes susceptibles d'être condamnées à intervenir

L'action en comblement de passif permet au juge de condamner l'administrateur de droit ou de fait, actuel ou passé. Le juge est amené à exercer un important pouvoir d'appréciation au niveau de l'imputabilité distincte de la faute à chacun des administrateurs, notamment en fonction du rôle joué dans sa commission, de sa compétence et des obligations particulières pesant sur lui⁽⁸⁾

. Les dirigeants sont condamnés avec ou sans solidarité, selon l'appréciation souveraine du juge.

Les articles 332 (SPRL), 431 (SCRL) et 633 (SA) du Code des sociétés permettent d'engager la responsabilité du dirigeant de droit ou de fait exerçant sa mission au moment où l'assemblée générale aurait dû être convoquée. Conformément à la règle en vigueur pour les violations du Code (art. 263, al. 1^{er}, 408, al. 2 et 528, al. 1^{er} C. soc), la responsabilité des dirigeants est solidaire. Ils ne pourront y échapper qu'en prouvant leur absence de participation à l'infraction (absence à la réunion du conseil d'administration,...), l'absence de faute dans leur chef (ce n'est pas fautivement qu'ils étaient absents à la réunion du conseil d'administration: maladie, ...) et la dénonciation par leurs soins de l'infraction commise par le conseil d'administration à l'assemblée générale la plus proche après qu'ils ont eu connaissance des faits⁽⁹⁾

.

Ce fondement de responsabilité est plus avantageux pour le tiers lésé que l'action en comblement de passif sur le plan de la solidarité, puisqu'elle est presque automatique en matière de violation du Code tandis qu'elle n'est décidée que dans des circonstances particulières par le juge qui statue sur pied des articles 265 (SPRL), 409 (SCRL) et 530 (SA) du Code des sociétés.

E.

Quant à l'étendue du dommage réparable

Dans le cadre de l'action en comblement de passif, le juge est amené à exercer un important pouvoir d'appréciation puisque l'ampleur de la condamnation des dirigeants, qui supporteront tout ou seulement une quotité du passif social, est décidée par lui. Selon quels critères? En vertu du texte légal, la limite maximale de la condamnation est nécessairement l'insuffisance d'actif. Ceci laisse une énorme marge de manœuvre au magistrat. La doctrine et la jurisprudence majoritaires estiment que le juge doit statuer *en équité*, et non à proportion du dommage causé par la faute grave et caractérisée⁽¹⁰⁾

. Le dirigeant peut donc être amené à supporter une condamnation qui excède les conséquences objectives de sa faute ou qui est réduite au regard de celles-ci. Ceci s'explique notamment par le fait que cette source de responsabilité est largement détachée du lien de causalité, puisqu'il suffit que la faute ait *contribué* à la faillite. Les articles 332 (SPRL), 431 (SCRL) et 633 (SA) du Code des sociétés permettent au juge de condamner l'administrateur à indemniser uniquement le dommage en liaison causale avec sa faute, à savoir uniquement l'accroissement de la perte (aggravation du passif et réduction de l'actif) entre le dernier jour utile pour convoquer l'assemblée générale dans le respect des formalités légales prescrites et le moment où le passif social a été définitivement cliché, c'est-à-dire soit le jour où l'action est intentée, soit le jour où la société est effectivement dissoute. Le dommage réparable est donc loin de s'identifier à l'insuffisance du passif social. Ce fondement de responsabilité est donc moins avantageux pour le tiers lésé que l'action en comblement de passif qui permet une indemnisation bien plus conséquente et susceptible d'excéder les conséquences de la faute réellement commise.

⁽¹⁾ Voir par exemple Gand, 31 mars 1994, *R.D.C.*, 1994, p. 976; voir A. Benoit-Moury, «Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés», *Act. Dr.*, 1991, p. 110.

⁽²⁾ Articles 265, alinéa 2 (SPRL) et 409, alinéa 2 (SCRL) du Code des sociétés. Sur la critique de cette limitation, voir notamment J.-M. De Backer et O. Ralet, op. cit., n° 99, pp. 126 et 127; M. Wijckaert, «De aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders bij

faillissement van hun vennootschap», note sous Comm. Liège, 7 déc. 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 441 et spéc. 445; M. Coipel, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, op. cit., p. 270; Cl. Parmentier, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, n° 57, p. 779; O. Ralet, op. cit., p. 180; F. T'Kint, «Les responsabilités en cas de faillite et de dissolution volontaire», *DAOR*, n° 34, 1995, p. 18, n° 28; F. T'Kint, «La responsabilité des dirigeants de SA et de SPRL», *R.R.D.*, 1980, p. 103; M.-A. Delvaux, obs. sous Comm. Bruxelles, 14 févr. 1989, *JDSC*, 1999, n° 97, p. 241; voir aussi, sur cette disposition, les appréciations de P. Coppens et F. T'Kint, op. cit., n° 81, pp. 523-524.

- (3) Voir supra notre première observation sous Comm. Hasselt (4^e ch.), 9 avr. 2002, n° 572; voir également Comm. Charleroi, 7 janv. 1997, *JDSC*, 1999, n° 98, p. 243, *R.D.C.*, 1997, p. 643.
- (4) Voir la loi du 4 sept. 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés (*M.B.*, 21 sept. 2002, pp. 42.928 et s.) qui a supprimé l'ancien monopole du curateur et ouvert l'action au créancier isolé par l'ajout d'un alinéa aux articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés.
- (5) Dans la mesure où les dirigeants sont une émanation de la majorité présente à l'assemblée générale, il existe une entente tacite ou expresse entre eux qui exclut fréquemment qu'une action sociale soit introduite. L'action contractuelle dépend en effet d'une décision de l'assemblée contrôlée par ceux-là mêmes qui doivent obtenir la décharge.
- (6) Notons toutefois que lorsque la cession de la participation de contrôle fait l'objet d'un contrat, ce dernier stipule souvent expressément que le cessionnaire renonce à introduire une quelconque action en responsabilité contre les anciens dirigeants.
- (7) Articles 263, alinéa 1^{er} (SPRL), 408, alinéa 2 (SCRL) et 528, alinéa 1^{er} (SA) du Code des sociétés.
- (8) Voir notamment Comm. Termonde (3^e ch.), 31 déc. 1997, *JDSC*, 1999, n° 96, p. 240 (sommaire), *T.G.R.*, 1998, p. 77. Sur cette appréciation marginale du magistrat, voir J. Ronse, «Marginale toetsing in het privaatrecht», *T.P.R.*, 1977, p. 207.
- (9) Articles 263, alinéa 2 (SPRL), 408, alinéa 3 (SCRL) ou 528, alinéa 2 (SA) du Code des sociétés.
- (10) Voir par exemple Mons, 22 mars 1993, *Rev. prat. soc.*, 1993, p. 328 et J. Ronse, «La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif», *Rev. prat. soc.*, 1979, p. 303.